

Conference Paper, Published Version

Fröhlich, Klaus-D.

Neue rechtliche Vorgaben für die Gewässerentwicklung?

Dresdner Wasserbauliche Mitteilungen

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit/Provided in Cooperation with:

Technische Universität Dresden, Institut für Wasserbau und technische Hydromechanik

Verfügbar unter/Available at: <https://hdl.handle.net/20.500.11970/103656>

Vorgeschlagene Zitierweise/Suggested citation:

Fröhlich, Klaus-D. (2010): Neue rechtliche Vorgaben für die Gewässerentwicklung?. In: Technische Universität Dresden, Institut für Wasserbau und technische Hydromechanik (Hg.): Wasserbau und Umwelt - Anforderungen, Methoden, Lösungen. Dresdner Wasserbauliche Mitteilungen 40. Dresden: Technische Universität Dresden, Institut für Wasserbau und technische Hydromechanik. S. 279-288.

Standardnutzungsbedingungen/Terms of Use:

Die Dokumente in HENRY stehen unter der Creative Commons Lizenz CC BY 4.0, sofern keine abweichenden Nutzungsbedingungen getroffen wurden. Damit ist sowohl die kommerzielle Nutzung als auch das Teilen, die Weiterbearbeitung und Speicherung erlaubt. Das Verwenden und das Bearbeiten stehen unter der Bedingung der Namensnennung. Im Einzelfall kann eine restriktivere Lizenz gelten; dann gelten abweichend von den obigen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Documents in HENRY are made available under the Creative Commons License CC BY 4.0, if no other license is applicable. Under CC BY 4.0 commercial use and sharing, remixing, transforming, and building upon the material of the work is permitted. In some cases a different, more restrictive license may apply; if applicable the terms of the restrictive license will be binding.



Neue rechtliche Vorgaben für die Gewässerentwicklung?

Klaus-D. Fröhlich

Der Beitrag stellt in zeitlicher Nähe zum Inkrafttreten des neuen WHG am 1. März 2010 die geänderten rechtlichen Vorgaben für die Gewässerentwicklung dar. Hierbei werden unter anderem die neuen Vorschriften zu Mindestwasserführung und Durchgängigkeit sowie zu Ausbau und Unterhaltung von Gewässern erläutert. Zudem werden Rechtsfragen der eigendynamischen Gewässerentwicklung untersucht.

1 Die Entstehung des neuen Wasserrechts

Am 6. August 2009 wurde das komplett neu gefasste Wasserhaushaltsgesetz (WHG) als Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts verkündet (BGBl. I, S. 2585). Es löst die bisherigen Regelungen ab und tritt am 1. März 2010 gemäß Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vollständig in Kraft.

Großer Jubel über dieses Gesetz ist bislang nicht zu vernehmen. Dies verwundert auch nicht, denn das Gesetz ist der vorläufige Schlusspunkt und die Dokumentation des gescheiterten Versuchs, das gesamte Umweltrecht in einem aus mehreren Teilen bestehenden Umweltgesetzbuch zu kodifizieren. Wenngleich alle Parteien unisono die Wichtigkeit des Reformprojektes „Umweltgesetzbuch“ ohne Unterlass beschwört hatten, konnte politisch kein Konsens gefunden werden.

Das neue WHG stellt zusammen mit dem neuen Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), dem Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG) und dem Rechtsbereinigungsgesetz Umwelt (RGU) den Versuch dar, die Aufgaben, die durch das Vorhaben Umweltgesetzbuch gelöst werden sollten, wenigstens teilweise noch innerhalb der hierfür vorgesehenen Zeit zu bewerkstelligen.

Nach dem Ergebnis der Föderalismusreform besitzt der Bund zwar nun – entgegen seiner früheren eingeschränkten Rahmengesetzgebungskompetenz – eine uneingeschränkte Gesetzgebungskompetenz für den Bereich „Wasserhaushalt“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG. Doch durch die gleichzeitige Einführung der jetzt so genannten Abweichungskompetenz für die Länder gem. Art. 72 Abs. 3 GG besteht nun die Möglichkeit, dass die Länder mit dem Ablauf des Moratoriums in Art. 125b Abs. 3 GG ab dem 1. Januar 2010 abweichende Regelungen (mit Ausnahme von stoff- und anlagenbezogenen Regelungen) vom neuen WHG erlassen. Diese gehen als spätere Gesetze gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG vor. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Länder davon Gebrauch machen werden, doch deutet vieles auf ein Tätigwerden der Landesgesetzgeber hin.

2 Zielvorgaben und Instrumente der Gewässerentwicklung

2.1 Zielvorgaben für die Gewässerentwicklung

Die zu erreichenden Ziele für die Gewässerentwicklung haben bekanntlich durch die Wasserrahmenrichtlinie bereits 2002 Eingang in das bundesdeutsche Recht, namentlich das WHG, gefunden und sind damit verbindlich für die Gewässerbewirtschaftung. Freilich hält auch der Gesetzgeber im neuen WHG daran fest und normiert in § 27 Abs. 1 WHG, dass oberirdische Gewässer, soweit sie nicht als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften sind, dass erstens eine Verschlechterung ihres ökologischen und ihres chemischen Zustands vermieden wird und zweitens ein guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden. § 27 fasst die bislang für oberirdische Gewässer in § 25a Absatz 1 WHG a.F. und für künstliche und erheblich veränderte oberirdische Gewässer in § 25b Absatz 1 WHG a. F. getrennt geregelten Bewirtschaftungsziele in einem Paragraphen zusammen. Absatz 1 ist hierbei inhaltsgleich mit § 25a Absatz 1, Absatz 2 mit § 25b Absatz 1. Um sich enger an die Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie anzulehnen (siehe Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer i), wird in Absatz 1 Nummer 1 und in Absatz 2 Nummer 1 der bisher verwendete Begriff „nachteilige Veränderung“ durch „Verschlechterung“ ersetzt.

Für die künstlich oder erheblich veränderten oberirdischen Gewässer im Sinne des § 28 WHG bleibt es aber ansonsten bei den bisherigen Zielvorgaben (§ 27 Abs. 2 WHG). Hinsichtlich der Fristen zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele löst § 29 Abs. 1 WHG den bisherigen Regelungsauftrag an die Länder nach dem

bisherigen § 25c Absatz 1 WHG a. F. ab und normiert die von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii und iii der Wasserrahmenrichtlinie vorgegebenen Fristen nunmehr bundesrechtlich.

Neben den Bewirtschaftungszielen sind freilich die Vorgaben der Maßnahmenprogramme nach § 82 WHG zu berücksichtigen. Zudem normiert der Gesetzgeber in § 6 WHG allgemeine Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung. Während die Postulate für die Gewässerbewirtschaftung in § 6 Abs. 1 WHG im Wesentlichen den Anforderungen des bisherigen § 1a WHG a.F. entspricht, werden in § 6 Abs. 2 WHG die bisherigen Anforderungen für den Gewässerausbau nach § 31 Abs. 1 S. 1 WHG nunmehr zu einem allgemeinen Grundsatz der Gewässerbewirtschaftung erhoben. Nach dieser Vorschrift sollen Gewässer, die sich in einem natürlichen oder naturnahen Zustand befinden, in diesem Zustand erhalten bleiben und nicht naturnah ausgebaute natürliche Gewässer sollen so weit wie möglich wieder in einen naturnahen Zustand zurückgeführt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen. Entgegen der in der Gesetzesbegründung vertretenen Auffassung, dass hiermit keine materielle Änderung der Rechtslage verbunden sei (BT-Drs. 16/12275, S. 55), wird man doch konstatieren müssen, dass nunmehr das Naturerhaltungsgebot und das Renaturierungsgebot des § 6 Abs. 2 WHG nicht nur für den Ausbau von Gewässern, sondern auch bei anderen Maßnahmen, insbesondere bei der Gewässerunterhaltung, Berücksichtigung finden müssen.

2.2 Instrumente der Gewässerentwicklung

Zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele ist im Bereich der Oberflächengewässer eine Gewässerentwicklung erforderlich. Eine gesetzliche Definition der Gewässerentwicklung existiert nicht. Hierunter kann die zielgerichtete Einflussnahme auf ein Gewässer verstanden werden, um dieses durch entsprechende Maßnahmen planvoll zu verändern. Zur Gewässerentwicklung kommen folgende, bereits seit fünfzig Jahren im WHG enthaltene Instrumente in Betracht:

Tabelle 1 Instrumente der Gewässerentwicklung

WHG	Instrument
§§ 67 -71	Gewässerausbau
§§ 39- 42	Gewässerunterhaltung
§ 38	Gewässerrandstreifen
§§ 13, 33, 34	Inhalts- und Nebenbestimmungen, nachträgliche Anordnungen
§ 18	Widerruf der Erlaubnis und der Bewilligung
§§ 12, 68	Versagung der gewünschten Nutzung

Die klassischen Instrumente wie Ausbau und Unterhaltung von Gewässern, die Vorgaben der Benutzungsordnung mit ihrem wasserrechtstypischen Bewirtschaftungssystem des repressiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt sowie die Möglichkeit von Inhalts- und Nebenbestimmungen, nachträglichen Anordnungen und Widerruf waren schon in der Urfassung des WHG, welches am 01. März 1960 in Kraft trat, enthalten. Die Vorschriften im WHG zu diesen Instrumenten haben sich aber in den letzten Jahrzehnten im Rahmen der Ökologisierung des Wasserrechts verändert und sind um ökologische Anforderungen ergänzt worden (vgl. Reinhardt 2000, Reinhardt 2008). In der nun neuen Fassung des WHG sind erstmals auf bundesgesetzlicher Ebene Vorschriften über die Mindestwasserführung (§ 33 WHG), die Durchgängigkeit oberirdischer Gewässer (§ 34 WHG) und die Gewässerrandstreifen (§ 38 WHG) eingeführt worden. Zudem sind durch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Vorschriften über Ausbau (§§ 67 ff. WHG) und Unterhaltung (§§ 39 ff. WHG) konkretisiert und um Regelungen ergänzt worden, die zuvor im Landesrecht enthalten waren.

2.3 Zulassung und Beschränkungen der Gewässernutzung zur Erreichung eines guten Zustandes

Die Zulassung einer Gewässerbenutzung (§ 9 WHG) bedarf wie bisher einer Erlaubnis oder Bewilligung (§ 8 WHG) bzw. eines Planfeststellungsbeschlusses im Falle eines UVP-pflichtigen Gewässerausbaus (§ 68 WHG). Gemeinsam ist allen Zulassungsverfahren, dass das Vorhaben grundsätzlich nicht zugelassen werden darf, wenn schädliche Gewässerveränderungen zu erwarten sind, die auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbar oder ausgleichbar sind oder andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden (so explizit § 12 WHG, sinngemäß auch § 68 Abs. 3 WHG). Die Bewirtschaftungsziele und die zur Erreichung dieser Ziele erstellten Maßnahmenprogramme gehören zum integralen Bestandteil des behördlichen Prüf- und Entscheidungsprogrammes. Die Zulassungsentscheidung soll nach der gesetzlichen Vorstellung die Gewähr dafür bieten, dass die Zielerreichung durch neue Zulassungen nicht vereitelt wird.

§ 33 WHG muss in Zusammenhang mit den neuen Regelungen der §§ 34 und 35 WHG gesehen werden. Auch wenn die Vorschrift des § 33 WHG auf sämtliche Benutzungen nach den § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WHG Anwendung findet, so ist sie doch insbesondere für Aufstauungen und Wasserentnahmen für Wasserkraftanlagen von besonderer Bedeutung. Gerade bei Wasserkraftanlagen besteht ein typisches Konfliktpotenzial zwischen den Interessen der Betreiber an einer mög-

lichst umfänglichen Wassernutzung für die Energiegewinnung und dem naturschutzfachlichen Erfordernis einer Mindestwasserführung.

§ 33 WHG lehnt sich an eine entsprechende Regelung in § 42a des Sächsischen Wassergesetzes an. Die Vorschrift leistet einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30 WHG, indem sie bereits auf der Ebene der behördlichen Vorkontrolle (Erlaubnis oder Bewilligung nach § 8 Absatz 1 WHG, Planfeststellung oder Plangenehmigung nach Kapitel 3 Abschnitt 5 WHG) sowie durch nachträgliche Anordnungen bzw. Nebenbestimmungen für einzelne Vorhaben konkrete Festlegungen zur Mindestwasserführung ermöglicht. Die normative Beschreibung des guten ökologischen Gewässerzustands sieht vor, Abweichungen von den für den jeweiligen Gewässertyp spezifischen Lebensgemeinschaften auf ein geringfügiges Maß zu beschränken. Dies ist nur möglich, wenn auch der Mindestwasserabfluss nur geringfügig vom typspezifischen Niedrigwasser abweicht. Der erforderliche Mindestwasserabfluss richtet sich nach den hydrologischen Gegebenheiten vor Ort und den ökologischen Erfordernissen im Einzelfall. § 33 WHG verpflichtet den Gewässerbenutzer nicht, eine über das natürliche Abflussverhalten hinausgehende Wasserführung sicherzustellen (BT-Drs. 16/12275).

Die Behörde hat somit bei einem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung zur Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WHG die Vorgaben des § 33 WHG zwingend zu berücksichtigen. Die Behörde darf daher derartige Anträge nur positiv bescheiden, wenn die erforderliche Mindestwasserführung gewährleistet ist. Dies ist im wasserrechtlichen Erlaubnis- oder Bewilligungsbescheid zwingend aufzunehmen. Sofern der Benutzer daher eine Erlaubnis oder Bewilligung beantragt, die nicht den notwendigen Mindestwasserabfluss gewährleistet, ist der Antrag zurückzuweisen oder mit der Bedingung zu versehen, die notwendige, im Bescheid genau zu bezeichnende, Mindestwassermenge zu gewährleisten.

Ebenso sind die Vorgaben des § 33 WHG auch bei einem Plangenehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren gemäß § 68 WHG zu berücksichtigen. Zwar ist der plangenehmigungs- oder planfeststellungspflichtige Gewässerausbau bei einer beabsichtigten Wasserkraftnutzung üblicherweise mit einer Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 verbunden, doch ist bereits auf der Ebene der Plangenehmigung oder Planfeststellung der erforderliche Mindestwasserabfluss gemäß § 33 zu berücksichtigen. Dies gilt freilich erst recht für Plangenehmigungs- oder -feststellungsverfahren, bei denen keine weitere Gestattung für eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 erforderlich ist.

Zudem war es bereits vor dem Inkrafttreten von § 33 in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass auch nachträglich bei bestehenden und schon gestatteten Gewässerbenutzungen eine entsprechende Mindestwasserführung festgesetzt werden kann (vgl. zur nachträglichen Festsetzung einer Mindestwasserführung nach den § 5 Abs. 1 Nr. 1a i. V. m. § 4 Abs. 2 Nr. 2a WHG a. F.: BayVGH, ZfW 2005, 187; Fröhlich, (2005)). Dies gilt auch nach den neuen Vorgaben des § 13 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 2 lit. d). Sofern die zuständige Wasserbehörde feststellt, dass bei einer gestatteten Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WHG die Abflussmenge nicht erhalten bleibt, die für das Gewässer und andere hiermit verbundene Gewässer erforderlich ist, um den Zielen des § 6 Absatz 1 und der §§ 27 bis 31 WHG zu entsprechen, so hat sie unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit darüber zu entscheiden, ob nachträglich eine bestimmte Mindestwasserführung festzusetzen ist.

Ähnliches gilt in rechtssystematischer Hinsicht für die neuen Vorgaben des § 34 WHG für die Durchgängigkeit oberirdischer Gewässer. Die Behörde hat die Vorgaben des § 34 WHG im Rahmen ihres Planfeststellungsverfahrens bzw. ihres Plangenehmigungsverfahrens zu berücksichtigen. Sowohl in den Fällen des Absatzes 1 als auch in denen des Absatzes 2 sind die zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 WHG erforderlichen Maßnahmen zur Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Durchgängigkeit – entweder nach Anordnung der Behörde (Absatz 2) oder durch Konkretisierung im Rahmen des Genehmigungsbescheids (Absatz 1) – zu ergreifen. Soweit das Maßnahmenprogramm nach § 82 WHG Festlegungen im Hinblick auf die Errichtung, die wesentliche Änderung oder den Betrieb von Stauanlagen trifft, sind diese für die im Rahmen des § 34 WHG festzulegenden Anforderungen maßgebend. § 34 WHG schafft in weitgehender Anlehnung an die bestehenden landesrechtlichen Vorschriften die bundeseinheitliche Rechtsgrundlage für die in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie zu erfüllenden Anforderungen.

Während § 34 Abs. 1 WHG Stauanlagen betrifft, die nach Inkrafttreten des neuen WHG errichtet oder wesentlich geändert werden, und auch den anschließenden Betrieb derartiger Anlagen mit umfasst (z. B. den fortlaufenden Betrieb einer an der neu errichteten Stauanlage eingerichteten Fischtreppe), regelt § 34 Abs. 2 WHG die Anforderungen für bereits vorhandene Stauanlagen. Absatz 2 stellt klar, dass die zuständige Behörde verpflichtet ist, bei vorhandenen Stauanlagen die zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele notwendigen Anordnungen zu treffen. Dabei hat sie unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit der durchzuführenden Maßnahmen angemessene Fristen entsprechend der Wasserrahmenrichtlinie zu setzen und auch die Voraussetzungen zu

prüfen, unter denen nach Maßgabe der §§ 29 bis 31 WHG von den Vorgaben des § 27 WHG abweichende Fristen und Ziele zulässig sind.

2.4 Eigendynamische Gewässerentwicklung

Auf dem Weg zu einem guten ökologischen Zustand kommt der eigendynamischen Gewässerentwicklung große Bedeutung zu. Bei der eigendynamischen Gewässerentwicklung ist aus Rechtsgründen danach zu differenzieren, ob die Entwicklung durch Initialisierung, aktives Zulassen oder durch schlichtes Nichtstun ermöglicht wird.

Tabelle 2 Eigendynamische Gewässerentwicklung

Differenzierung nach Aktivität	Initialisierung – Baul. Maßnahme – Totholz – Geschiebe	aktives Zulassen – planvolles Begleiten – keine Wiederherst. d. Ausbauzustands	Schlichtes Nichtstun
Rechtliche Grundlagen	Ausbau oder Unterhaltung? §§ 67 ff. o. §§ 39 ff.	i. d. R. Unterhaltung §§ 39 ff.	

Nicht nur aktive Umgestaltungsmaßnahmen im Wege der Renaturierung, die sogleich mit einer wesentlichen Umgestaltung des Gewässers einhergehen, sondern auch Maßnahmen, die für sich betrachtet zunächst den Eindruck der Unscheinbarkeit erwecken, können eine wesentliche Umgestaltung des Gewässers i. S. v. § 67 Abs. 2 WHG darstellen. Dies gilt insbesondere für Initialmaßnahmen. Insoweit kann beispielsweise das Einbringen von Totholz mit der Folge einer einhergehenden starken Mäandrierung des Gewässers oder mit einer evolierten wesentlichen Erhöhung der Hochwassergefahr oder der Beschädigung von Brücken o. Ä. eine wesentliche Umgestaltung des Gewässers sein. Trotz des ökologischen Wertes von Totholz für das Gewässer und die Umwelt kann das Einbringen von Totholz wegen der Veränderung der Gewässermorphologie und der direkten strömungsmodifizierenden Wirkung einen gestattungspflichtigen Gewässerausbau darstellen.

Die scheinbar feinsinnig ziselierte dogmatische Unterscheidung zwischen Unterhaltung und Ausbau wird so letztlich zu einer Frage von Klaftern. Unterhaltung und Ausbau verschmelzen zu einer Einheit, innerhalb derer das Gesetz ab einer gewissen Grenze die Durchführung eines Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahrens vorschreibt. Mit der Erstreckung der Unterhaltung auf die Gewässerentwicklung und die Einbindung in die Gewässerbewirtschaftung zur

Erreichung der europäischen Umweltziele erscheint die Reduktion der Unterhaltungsmaßnahmen auf minder bedeutsame Eingriffe in das Gewässer heute daher problematisch. Sie liegt zwar systematisch nahe, wenn man auch weiterhin nur geringfügige, wenngleich nunmehr auch aktiv entwickelnde Eingriffe in ein Gewässer als Unterhaltungsmaßnahmen gestattungsfrei stellen will, doch droht sie die erkennbaren Zielsetzungen des neuen gesetzlichen Unterhaltungsbegriffs zu verfehlen. Denn offenkundig versteht die Formulierung des § 39 WHG – ebenso wie schon § 28 WHG a. F. – das Instrument der Gewässerunterhaltung nicht mehr nur als nachrangige Handhabe marginaler konservativer Einwirkungen auf das Gewässer und seiner Ufer. Vielmehr weist die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung sogar ausdrücklich darauf hin, dass sich der umfassende Bewirtschaftungsauftrag der Wasserrahmenrichtlinie auch auf die Gewässerunterhaltung erstreckt (BT-Drs. 14/7755, S. 19; BT-Drs. 16/12275) und misst so der Unterhaltung eine bedeutende Funktion auch für den Gewässerschutz bei. Unterhaltung in diesem Sinne geht damit über die tradierte Bagatellgrenze hinaus.

Bei der Abgrenzung zwischen Gewässerausbau und Gewässerunterhaltung ist somit zu berücksichtigen, dass sich die gesetzgeberische Bestimmung der Gewässerunterhaltung durch die Aufnahme der Entwicklung des Gewässers als Bestandteil der Gewässerunterhaltung geändert hat und sich die Grenzziehung früherer Abgrenzungen (*erhaltende* Unterhaltung und *gestaltender* Ausbau) nicht ohne weiteres übertragen lässt. Die geänderten Rechtsvorschriften über den Gewässerausbau (§§ 67 ff. WHG) haben das Abgrenzungsproblem leider keiner Lösung zugeführt. Die Vorschrift über den Inhalt der Gewässerunterhaltung (§ 39 WHG) scheint das Abgrenzungsproblem wegen der aus Sicht des Verfassers unglücklichen Regelung über den Erhalt des Gewässerbettes und der Ufer (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WHG) eher noch vergrößert zu haben. Um von einer – mitunter wenig vorhersehbaren – Einzelfalljudikatur zu mehr Rechtssicherheit zu gelangen, erscheint es sinnvoll, sich auf den Sinn und Zweck der Unterscheidung von Unterhaltung und Ausbauverfahren zu besinnen. Während die Gewässerunterhaltung gestattungsfrei ist, wird der Gewässerausbau im Wege eines umfangreichen Verwaltungsverfahrens gestattet. Verfassungsrechtlicher Hintergrund dieser unterschiedlichen Verfahren ist die effektive Verwirklichung betroffener Grundrechte. Während die Gewässerunterhaltung lediglich als Pflicht im öffentlichen Interesse besteht, geht es beim Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren nach § 68 WHG auch darum, Rechte betroffener Dritter zur Genüge zu berücksichtigen. Verfassungsrechtlich ist die Grenze zwischen Ausbau und Unterhaltung somit dort zu ziehen, wo eine effektive Verwirklichung betroffener Grundrechte zu einer prozeduralen Absicherung zwingt. So-

fern Gewässerentwicklungsmaßnahmen zu Grundrechtsbeeinträchtigungen führen können, ist daher besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht der rechtssichere Weg eines Ausbaurverfahrens gewählt werden sollte. Sofern ein Gewässerausbau ohne entsprechendes Verfahren durchgeführt wird, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 103 Abs. 1 Nr. 14 WHG dar.

Dem Gewässerausbau kommt für die Gewässerentwicklung eine zweifache Funktion zu: Auf der einen Seite bedürfen Maßnahmen der Gewässerentwicklung, die sich als Gewässerausbau darstellen, eines Planfeststellungs- oder Plan genehmigungsverfahrens nach § 68 WHG. Auf der anderen Seite sind Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren geeignete Instrumente, um Gewässerausbauten zu verhindern, die mit den Zielen der Gewässerentwicklung nicht vereinbar sind. Die gesetzlichen Vorgaben für den Gewässerausbau sind durch die neuen Vorschriften (§§ 67 ff. WHG) neu strukturiert worden und enthalten wegen der geänderten Gesetzgebungskompetenz des Bundes durch den Verweis auf die §§ 72 bis 78 des Verwaltungsverfahrensgesetzes in § 70 Abs. 1 WHG nunmehr auch verfahrensrechtliche Vorgaben auf Bundesebene. Die materiellen Anforderungen an einen Gewässerausbau wurden im Gegensatz zu § 31 WHG a. F. allerdings nicht geändert.

Soweit die Initialmaßnahme der Gewässerentwicklung hingegen als Gewässerunterhaltung zu werten ist, bedarf sie keiner Genehmigung. Maßnahmen der Gewässerunterhaltung benötigen keinen Gestattungsakt, auch wenn sie einen der Benutzungstatbestände des § 9 WHG erfüllen. Bei der Gewässerunterhaltung fehlt es abweichend vom Ausbau an einer allgemeinen behördlichen Vorkontrolle.

Soweit keine aktiven Umgestaltungsmaßnahmen am Gewässer durchgeführt werden, sondern die Eigenentwicklung des Gewässers lediglich zugelassen wird, dürfte dies in der Regel keinen Gewässerausbau darstellen. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Unterhaltungspflichtige möglicherweise zu Unterhaltungsmaßnahmen verpflichtet sein könnte. § 39 Abs. 1 WHG bestimmt aber nun auch auf Bundesebene, dass es sich bei der Pflicht zur Gewässerunterhaltung um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt. Einzelne können daher nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen einen Anspruch auf Durchführung von Unterhaltungsmaßnahmen haben.

Nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 WHG kann die zuständige Behörde nun anordnen, dass Unterhaltungsmaßnahmen nicht durchzuführen sind, soweit dies notwendig ist, um die Bewirtschaftungsziele zu erreichen. Die Zulassung der Sukzession im

Rahmen der Gewässerentwicklung kann daher nun auch behördlich angeordnet werden. Der bloße Rückzug in die Untätigkeit, d. h. die schlichte Nichtvornahme von Gewässerunterhaltungsmaßnahmen, ohne Planung und begleitende Beobachtung sowie Gefahrenabwehr, stellt keine ordnungsgemäße Gewässerunterhaltung dar.

3 Literatur

- Caßor-Pfeiffer, S. (2010): Das Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts, ZfW S. 1 ff.
DWA, (Hrsg.), (2010): Neue Wege der Gewässerunterhaltung – Pflege und Entwicklung von Fließgewässern, Merkblatt DWA-M 610
Fröhlich, K-D. (2005): Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, ZfW S. 133 ff.
Fröhlich, K-D. (2005): Wasserrechtliche Instrumente der Fließgewässer- und Auenentwicklung, in: Jürging, Peter/Patt, Heinz (Hrsg.), Fließgewässer- und Auenentwicklung, Grundlagen und Erfahrungen, Berlin, Heidelberg, S. 163 ff.
Reinhardt, M. (2000): Vierzig Jahre Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 2000, S. 1 ff.
Reinhardt, M. (2008): Eigendynamische Gewässerentwicklung zwischen Benutzung, Unterhaltung und Ausbau, WasserWirtschaft Heft 3, S. 10 ff.
Reinhardt, M. (2008) Ökologische Gewässerunterhaltung unter der Wasserrahmenrichtlinie, NVwZ 2008, S. 1048 ff.
Rolfen, M. (2009): Das neue Wasserhaushaltsgesetz, NuR S. 765

Autor:

Rechtsanwalt Klaus-D. Fröhlich
Lehrbeauftragter an der Universität Duisburg-Essen

Wellmann Kling Langbein Poppe
Partnerschaftsgesellschaft
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer
Dechenstr. 8
53115 Bonn

Tel.: +49 228 9814 602
Fax: +49 228 9814 708
E-Mail: froehlich@wklp.de